



De
LEGIBUS

8



2024



**O *JUS COGENS* REGIONAL: UM PARADOXO
NO DIREITO INTERNACIONAL?**

THE REGIONAL *JUS COGENS*: A PARADOX IN INTERNATIONAL LAW?

EVA VICENTE



REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

O *JUS COGENS* REGIONAL: UM PARADOXO NO DIREITO INTERNACIONAL?*

THE REGIONAL *JUS COGENS*: A PARADOX IN INTERNATIONAL LAW?

EVA VICENTE**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Notas essenciais sobre o *jus cogens*; 2.1. Definição; 2.2. Natureza e características; 2.3. Critérios de Identificação; 3. O *Jus Cogens* Regional – Uma distorção da essência do *jus cogens*?; 3.1. A opinião de vários Estados; 3.2. A perspectiva de Robert Kolb – um conceito amplo e diverso do *jus cogens*; 3.3. Outras perspectivas sobre a possibilidade de existência de um *jus cogens* regional; 4. Quais os problemas que surgem relativamente à ideia do *jus cogens* regional?; 4.1. Como é que se estabelece o *jus cogens* regional?; 4.1.1. Podemos aplicar o mesmo raciocínio usado para o direito internacional consuetudinário regional?; 4.2. Qual é a definição de “região”, neste contexto?; 4.3. O *jus cogens* regional deve estar sempre ligado ao regime de um tratado regional existente?; 4.4. O *jus cogens* é excepcional (e não a regra); 4.5. O envenenamento do Princípio da Igualdade Soberana; 5. As consequências que advêm de uma aceitação da existência do *jus cogens* regional; 5.1. Conflito entre uma norma de *jus cogens* regional e um tratado; 5.2. Conflito entre uma norma de *jus cogens* regional e uma norma de direito internacional consuetudinário; 5.3. Conflito entre uma norma de *jus cogens* regional e a decisão vinculativa de uma Organização Internacional; 6. O caso *Roach and Pinkerton vs United States* (1987); 6.1. O caso *Michael Domingues vs United States*, 2002 (a seqüela); 6.2. Isto significa uma aceitação por parte do sistema interamericano do conceito de *jus cogens* regional?; 7. A Doutrina de Brezhnev; 8. As conclusões dos vários membros da Comissão de Direito Internacional sobre o *jus cogens* regional (3465.^a reunião); 9. Conclusão; 9.1. Posição Adotada; 9.2 Solução Normativa Alternativa; 9.2.1. As normas especiais não-derrogáveis enquanto normas baseadas no consentimento dos Estados (≠ do “consentimento” no *jus cogens*).

RESUMO: Neste trabalho exploraremos o conceito de *jus cogens* regional, tentando perceber se é possível e se faz sentido este existir. Primeiramente, faremos um percurso pela noção e características das normas *jus cogens*. Mais tarde falaremos sobre

* Trabalho realizado no âmbito da unidade curricular de Direito Internacional Público do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a regência do Professor Doutor Francisco Ferreira de Almeida.

** Monitora na secção de Ciências Jurídico-Políticas e Mestranda em Direito Internacional Público e Europeu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: evafilpa.vicente1201@gmail.com

a posição de vários autores e Estados acerca da possibilidade de existência do *jus cogens* regional. Conheceremos também os vários problemas e consequências que este conceito levanta. Depois, daremos a conhecer um caso emblemático sobre este tema e ainda a doutrina de *Brezhnev*. Por fim, iremos expor a posição que adotamos e uma possível alternativa normativa.

PALAVRAS-CHAVE: *jus cogens* regional; normas imperativas; normas não-derrogáveis; direito internacional.

ABSTRACT: In this paper, we will explore the concept of regional *jus cogens*, attempting to discern if its existence is possible and under what terms. Initially, we will delve into the notion and characteristics of *jus cogens* norms. Later, we will discuss the stance of various authors and states regarding the possibility of this institute's existence. We will also examine the various problems and consequences that this concept raises. Then, I will present to you a landmark case on this topic and discuss Brezhnev's doctrine. Finally, I will outline the position I take and a potential normative alternative.

KEYWORDS: regional *jus cogens*; peremptory norms; non-derogable norms; international law.

1. INTRODUÇÃO

O *jus cogens* representa um dos pilares fundamentais no direito internacional. São normas que são “aceites e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados no seu todo”¹ como sendo protetoras de valores fundamentais, universais e inderrogáveis. Sabemos que as normas de *jus cogens* tradicionalmente se aplicam universalmente, no entanto têm surgido debates sobre a possibilidade da existência de normas de *jus cogens* regionais². Esta questão intrigante tem gerado opiniões diversas entre vários autores e também entre os próprios Estados³. Desta nova ideologia surgem várias dúvidas conceptuais. Entre estas questiona-se o que é uma região neste contexto, como é que se estabelecem estas normas, se estas normas de *jus cogens* regional terão

1 Vide o art. 53º da CVDT.

2 Roberto Puceiro Ripoll, “Las Normas de Jus Cogens: ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?,” in *Curso de Derecho Internacional*, ed. OEA (Washington, D.C.: OEA, 2001), 377-420.

3 Eduardo Pimentel de Farias, “Note on jus cogens and its recent development by the International Law Commission”, *Revista Jurídica Portuguesa*, n.º 30 (2021), 60-88.

de estar sempre ligadas a um tratado regional, etc. Para além disto, também se fala nas consequências que uma aceitação do *jus cogens* regional traz, por exemplo, o que acontece quando existe um conflito entre uma dessas normas e um tratado, um conflito entre tais normas e regras de direito internacional consuetudinário ou um conflito entre uma decisão vinculativa de uma Organização Internacional (OI) e uma dessas normas de *jus cogens* regional⁴.

Apesar da pouca prática por parte dos Estados para sustentar a existência deste instituto, muitos autores usam como exemplo certas normas do sistema europeu de direitos humanos. Para além disto, também pode ser usado como argumento positivo um caso de 1987, *Roach vs Pinkerton* e ainda a Doutrina de *Brezhnev*.

Apesar de tudo, veremos que o conceito de *jus cogens* regional pode e deve ser substituído por uma ideia que é realmente compatível com a noção de *jus cogens*, as normas especiais não-derrogáveis.

2. NOTAS ESSENCIAIS SOBRE O *JUS COGENS*⁵

2.1 DEFINIÇÃO

Podemos definir *jus cogens*⁶, de acordo com o art. 53^{o7} da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) de 1969 e com a Comissão de

4 Dire Tladi (Special Rapporteur), “Fourth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*)”, 71.ª sessão da Comissão de Direito Internacional, A/CN.4/727 (2019).

5 Para todo este ponto 2. *vide*: Relatório anual sobre o trabalho da septuagésima primeira sessão da Comissão de Direito Internacional (2019), A/74/10, Capítulo V.

6 A título de curiosidade, falar-vos-ei, brevemente, sobre os primórdios ou origem da ideologia de normas inderrogáveis. Podemos dizer que a ideia de existência de normas inderrogáveis nasceu no direito romano clássico. Conseguimos encontrar esta ideologia no Digesto de Justiniano, sendo que o conceito de *jure cingente* aparece neste, apesar de ser num contexto diverso. Nesta obra é-nos dito “*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*”, o que significa que os pactos privados não podem derogar o direito público. Ora, desde logo, *jus publicum* é um conceito mais abrangente do que o de direito público, já que se refere a regras das quais nenhuma derrogação, mesmo por acordo, era permitida, ou seja, podemos falar aqui na ideia de *jus cogens*. *Vide* a este propósito, *Digestum Vetus, Pandectarum Iuris Civilis Tomus Primus, primam; Secundam, Tertiam Partes* (1560) D. II 14.38.; Dire Tladi, “First Report on *jus cogens*”, 68.ª sessão da Comissão de Direito Internacional, A/CN.4/693 (2016), 464. Veja-se ainda de modo semelhante em *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex, Libri Secundus*, 2.3.6., onde se diz “*pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est*”, o que significa “acordos contrários às leis ou constituições, ou contrários à boa moral, não têm força”, dá-nos também a ideia do *jus cogens*.

7 Art. 53^o CVDT: “é nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral” e “uma norma imperativa de direito internacional

Direito Internacional⁸ (CDI), como uma norma imperativa de direito internacional geral que “é aceite e reconhecida pela comunidade internacional de Estados no seu todo, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma subsequente de direito internacional geral que tenha o mesmo carácter”⁹.

Estas normas *jus cogens* distinguem-se assim das normas *jus dispositivum*, já que as primeiras não permitem a sua derrogação e as segundas permitem a sua derrogação valendo o consentimento das partes¹⁰.

Afirma-se na CVDT a existência de normas imperativas de direito internacional geral, sendo que as convenções internacionais têm de as respeitar, sob pena de serem feridas de nulidade. Alguns autores afirmam que a ideia do *jus cogens* também está plasmada na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), art. 103º, “no caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”¹¹.

Importa referir que a noção de *jus cogens* deveu-se muito a tudo o que sucedeu na Segunda Guerra Mundial e no Holocausto, sendo que esta ideologia está de certa forma associada à Convenção de Genebra de 1948 sobre o genocídio¹².

geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”.

8 A CDI foi estabelecida pela Assembleia Geral, em 1947, nos termos do artigo 13º/1/a da Carta das Nações Unidas para “iniciar estudos e fazer recomendações com o propósito de... incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e sua codificação”. É um órgão de especialistas responsáveis por auxiliar no desenvolvimento e codificação do direito internacional. É composto por 34 indivíduos reconhecidos pela sua *expertise* e qualificações em direito internacional, que são eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas a cada cinco anos. *Vide* no site oficial das Nações Unidas: <https://legal.un.org/ilc/> (visitado a 25.05.2024).

9 *Vide* o já mencionado art. 53º da CVDT e CDI, A/74/10, 148.

10 Matheus Frederico Paes Garcia, “A natureza regional das normas *Jus Cogens*”, (tese, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019), 8.

11 Jónatas Machado, *Direito Internacional*, 4.ª ed., (Coimbra: Coimbra Editora, 2013), 141.

12 Anupam Chander, “Globalization and Distrust.” *The Yale Law Journal*, nº 6 (2005), 1233ss.

2.2 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS

Estas normas imperativas de direito internacional geral “refletem e protegem valores fundamentais da comunidade internacional”, são “hierarquicamente superiores a outras regras de direito internacional” e são “universalmente aplicáveis”¹³.

Acerca destas normas refletirem e protegerem valores fundamentais da comunidade internacional, importa termos a noção de que, já em 1951, o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) tinha imposto a proibição do genocídio, uma proibição que hoje é amplamente aceite e reconhecida e foi inspirada no seguinte compromisso, “*to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations*”¹⁴. O TIJ fala-nos aqui em “*conscience of mankind*” e “*moral law*”, ou seja, este invoca valores fundamentais partilhados pela comunidade internacional. Vários autores franceses falam aqui em “*la conscience de l’humanité*” ou de uma “*conscience universelle*”¹⁵.

Existe neste âmbito a problemática de saber exatamente quais são as normas *jus cogens* e o problema de precisar o seu conteúdo. Apesar disto, a CDI já elaborou uma lista não exaustiva deste tipo de normas: “a proibição de agressão; a proibição de genocídio; a proibição de crimes contra a humanidade; as regras básicas do direito internacional humanitário; a proibição de discriminação racial e *apartheid*; a proibição da escravidão; a proibição de tortura; o direito à autodeterminação”¹⁶.

Tal como refere Cançado Trindade, estas normas imperativas refletem uma ideia de justiça objetiva, são consubstanciais ao próprio sistema jurídico

13 CDI, A/74/10, 150.

14 Relatório do Tribunal Internacional de Justiça, “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” (1951 I.C.J. 15), 23.

15 Laurence Boisson de Chazournes, “Commentaire,” in *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international: travaux du séminaire tenu à Palma*, ed. R. Huesa Vinaixa; K. Wellens (Bruxelas: Bruylant, 2006), 76; CDI, A/74/10, 151.

16 CDI, A/74/10, 208.

nacional ou internacional, incorporam valores superiores que satisfazem as aspirações da humanidade como um todo¹⁷.

Sobre a característica da superioridade hierárquica, Conklin refere que as normas imperativas de direito internacional geral são os “padrões fundamentais da comunidade internacional”¹⁸. E ainda sobre serem universalmente aplicáveis, Dupuy e Kerbrat esclarecem que “*la cohésion de cet ensemble normatif exige la reconnaissance par tous ses sujets d’un minimum de règles imperatives*”¹⁹.

As normas imperativas de direito internacional geral têm várias origens, sendo o direito internacional consuetudinário a mais prevalente. No entanto, as disposições de tratados e os princípios gerais do direito também podem ser consideradas como fontes possíveis para as normas de *jus cogens*²⁰.

Termino este ponto dizendo que as normas imperativas do direito internacional geral dão origem a obrigações *erga omnes*. São normas que exprimem a existência de obrigações perante a comunidade internacional no seu todo, todos os Estados têm de as respeitar. Qualquer Estado tem o direito de invocar a responsabilidade de outro Estado por violação de uma norma imperativa do direito internacional geral (*jus cogens*), de acordo com as regras sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos²¹.

17 Antônio Cançado Trindade, “Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international caselaw”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, n.º 9 (2009), 28-29.

18 William Conklin, “The peremptory norms of the international community”, *The European Journal of International Law*, n.º 3 (2012), 838, “[T]he very possibility of a peremptory norm once again suggests a hierarchy of international law norms with peremptory norms being the ‘fundamentals standards of the international community’ at the pinnacle”.

19 P.-M. Dupuy e Y. Kerbrat, *Droit international public*, 11.ª ed., (Paris: Précis Dalloz, 2012), 322; veja-se ainda em Dan Dubois, “The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?”, *Nordic Journal of International Law*, n.º 2 (2009), 135, onde nos é dito: “a *jus cogens* or peremptory norm ... is applicable to all States regardless of their consenting to it”.

20 A/74/10, 159; Andrea Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, n.º 3 (2008), 493, “the possibility that *jus cogens* could be created by treaty stands in sharp contrast to the view that peremptory norms can emerge only from customary law”.

21 CDI, A/74/10, 190; Machado, *Direito Internacional*, 142.

2.3 CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO

Existem dois critérios para identificarmos uma norma *jus cogens*. Primeiro, tem de ser uma norma de direito internacional geral e, segundo, é “reconhecida e aceite pela comunidade internacional como um todo, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma subsequente de igual carácter”²².

O segundo critério é conhecido como *acceptance and recognition*. Importa falarmos um pouco nele. Note-se que não é necessário que todos os Estados reconheçam e aceitem, mas sim que a grande maioria o faça. Para além disto, as posições de outros sujeitos de direito internacional não podem, por si só, fazer parte dessa aceitação e desse reconhecimento, no entanto, podem ser relevantes para fornecer contexto e para avaliar a aceitação e o reconhecimento pela comunidade internacional de Estados como um todo²³.

Quais são as evidências de aceitação e reconhecimento? Estas podem adotar várias formas. Podemos ter: declarações públicas feitas em nome dos Estados; publicações oficiais; pareceres jurídicos governamentais; correspondência diplomática; atos legislativos e administrativos; decisões de tribunais nacionais; disposições de tratados; e resoluções adotadas por uma organização internacional ou numa conferência intergovernamental²⁴.

Apesar de tudo isto, existem ainda meios subsidiários para a determinação do carácter imperativo das normas de direito internacional geral, tais como as decisões de tribunais internacionais e arbitrais, em particular do TIJ, e ainda as obras de órgãos de especialistas estabelecidos por Estados ou Organizações Internacionais e os ensinamentos dos publicistas mais qualificados das diversas nações²⁵.

22 CDI, A/74/10, 157.

23 CDI, A/74/10, 164-165.

24 CDI, A/74/10, 168-169.

25 CDI, A/74/10, 170-174.

3. O *JUS COGENS* REGIONAL – UMA DISTORÇÃO DA ESSÊNCIA DO *JUS COGENS*?

Vimos que uma das características fundamentais das normas *jus cogens* é a sua aplicabilidade universal. O *jus cogens* regional pode ser definido como normas imperativas específicas de uma determinada região, ou seja, essas normas são consideradas inderrogáveis, mas apenas nessa determinada região. Puceiro Ripoll define este conceito “*como las bases de una comunidad de intereses limitados en el espacio, normas imperativas con dominio de validez limitada en lo espacial y en cuanto a los sujetos que alcanza. Serían por lo tanto normas que regularían con carácter imperativo determinadas áreas geográficas y grupos de Estados*”²⁶. Ora, desde logo, conseguimos perceber que este conceito não é compatível com a característica base de aplicabilidade universal, não é compatível com o art. 53º da CVDT. *Ab initio*, podemos dizer que as normas *jus cogens* não se aplicam de forma regional ou bilateral. No entanto, há autores que defendem ser possível a existência de *jus cogens* regional.

3.1 A OPINIÃO DE VÁRIOS ESTADOS

Vários Estados já deram a sua opinião sobre a possibilidade da existência do *jus cogens* regional. Estas opiniões e posições foram dadas durante o debate sobre o Relatório Anual da CDI de 2018. No geral, a maior parte dos Estados rejeita a ideia de um *jus cogens* regional²⁷. Os Estados que adotaram uma posição positiva acerca deste instituto foram a Espanha, a Bielorrússia e os Países Baixos.

Começamos pela Malásia, que afirmou que a definição de *jus cogens* regional acaba por não ser compaginável com a ideia base do *jus cogens* e, para além disso, pode causar uma certa confusão e deverá, por isso, ser rejeitado²⁸.

26 Ripoll, “Las Normas de,” 415.

27 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 11.

28 Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (summary record of the 27th meeting), A/C.6/73/SR.27 (2018), 16, Malásia: “*might not be consistent with ... jus cogens*” e “*might also create confusion and should therefore be avoided*”.

O Reino Unido referiu que é duvidosa a utilidade de um *jus cogens* regional e que o conceito deste põe em causa a integridade das normas *jus cogens* universalmente aplicáveis²⁹. A Tailândia e a Finlândia afirmaram ideias semelhantes, que uma aceitação da existência do *jus cogens* regional contraria e mina a noção de normas *jus cogens*, sendo que estas últimas são normas aceites e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados como um todo, e, por isso, o conceito de *jus cogens* regional não seria possível à luz do direito internacional³⁰. A África do Sul expressou uma certa preocupação pelo facto de que um conceito como o de *jus cogens* regional pode ter um efeito de diluição sobre a natureza suprema e universal do *jus cogens*³¹. Portugal referiu que pode ser “um exercício apelativo do ponto de vista intelectual” estudar esta questão, no entanto pediu uma certa cautela já que a “integridade das normas imperativas do direito internacional geral como normas universalmente reconhecíveis e aplicáveis não deve ser comprometida”³². Por fim, refiro a opinião e posição dos Estados Unidos da América que questionou a utilidade de um *jus cogens* regional e concordou com os demais Estados dizendo que esse conceito parece estar em desacordo com a visão de que as normas de *jus cogens* são aceites e reconhecidas pela comunidade internacional como um todo³³.

29 Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (summary record of the 26th meeting), A/C.6/73/SR.26 (2018), 14, Reino Unido: “doubtful as to the utility of considering ‘regional’ jus cogens” e “concept of ‘regional’ jus cogens would undermine the integrity of universally applicable jus cogens norms”.

30 CDI, A/C.6/73/SR.26, 14, Tailândia: “that the acceptance of the existence of regional jus cogens would contradict and undermine the notion of jus cogens being norms ‘accepted and recognized by the international community of States as a whole’” e “would not be possible under international law”; Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (continued), A/C.6/73/SR.24 (2018), 18-19, Finlândia: “unconvinced about the possibility of reconciling regional jus cogens with the notion of jus cogens as peremptory norms of general international law”.

31 CDI, A/C.6/73/SR.27, 8, África do Sul, “concerned that entertaining a concept such as regional jus cogens would have a watering-down effect on the supreme and universal nature of jus cogens”.

32 CDI, A/C.6/73/SR.26, 15-17, Portugal.

33 Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session (summary record of the 29th meeting), A/C.6/73/SR.29 (2018), 6, Estados Unidos da América: “agreed with other delegations that that concept appeared to be at variance with the view that jus cogens norms were ‘accepted and recognized by the international community as a whole’”.

3.2 A PERSPETIVA DE ROBERT KOLB – UM CONCEITO AMPLO E DIVERSO DO *JUS COGENS*

Kolb, começa por nos dar a conhecer imensos autores que (como ele) defendem a possibilidade de existência do *jus cogens* regional³⁴. Entre eles, temos Giorgio Gaja, um antigo membro da CDI e juiz no TIJ, que nos diz “*no convincing reason has ever been given for ruling out the possibility of the existence of non-universal, or ‘regional’ peremptory norms*”³⁵.

Kolb vê o *jus cogens* como uma técnica jurídica (*legal technique*), sendo uma técnica que pode ser aplicada e utilizada de vários modos. Este autor refere que o *jus cogens* como técnica jurídica não tem natureza absoluta e monolítica e os efeitos normalmente dados pela doutrina, será sim um conceito variável, múltiplo e contextual. Kolb aponta para um *jus cogens* múltiplo e variável no tempo, já que o número e a qualidade destas normas evoluem; no espaço, já que defende existir um *jus cogens* regional; e em substância, pois as normas de *jus cogens* operam de forma diferente consoante o tema, “*jus cogens in the law of treaties not operating in exactly the same way as in the law of State responsibility, or else in human rights law, etc*”³⁶.

Depois, Kolb diz-nos que existem diferentes tipos de *jus cogens* cuja função e efeitos no direito internacional não são os mesmos.

O autor suíço admite na própria obra que adota uma visão complexa e de difícil compreensão de *jus cogens*, dizendo que é o preço a pagar por uma análise global de todos os fenómenos legais imperativos da ordem jurídica internacional; no entanto, afirma que existe um ponto de partida ou um “*unifying umbrella in our construction*”, que é o conceito de inderrogabilidade³⁷.

Kolb identifica três tipos de *jus cogens* internacionais: o *jus cogens* de ordem pública, englobando aqui normas fundamentais de direito internacional, a proibição do uso da força, o direito à autodeterminação, algumas garantias dos direitos humanos, algumas proteções do direito humanitário internacional,

34 Robert Kolb, *Peremptory International Law (Jus Cogens): A General Inventory*, (Oregon: Hart Publishing, 2015), 45-54 e 97-99.

35 Giorgio Gaja, “*Jus cogens beyond the Vienna Convention*”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), 284.

36 Kolb, *Peremptory International*, 45.

37 *Ibidem*, 46.

também proteções para grupos, a proibição do genocídio e ainda proteções do meio ambiente (considera todos estes inderrogáveis); o *jus cogens* de utilidade pública, aqui já não falamos de normas fundamentais, mas sim de normas onde o legislador identifica um interesse comum em ver o seu funcionamento inalterado e único, isto é, podemos identificar estas normas em dois contextos: no primeiro, nos tratados constitutivos e em fontes derivadas de organizações internacionais ou órgãos (aqui dá-nos o exemplo do Estatuto do TIJ), e, no segundo contexto, nos chamados “tratados integrais” (*integral treaties*), “*where the treaty regime supposes that all parties will apply the same rules and where any derogation into specific regimes applicable between some parties under lex specialis would defeat the object and purpose of the treat*”; por fim, temos o *jus cogens* lógico, que diz respeito ao princípio *pacta sunt servanda* e o princípio da boa-fé³⁸.

De acordo com a teoria de Kolb, qualquer norma que não possa ser alterada pode constituir *jus cogens*, mesmo normas processuais do TIJ, “*the Statute of the International Court of Justice (ICJ) contains a series of norms which States cannot alter; they have to take or leave them as they stand*”³⁹. Este dá alguns exemplos de normas do Estatuto do TIJ que têm carácter imperativo, como no Caso *Free Zones* (1929), as partes solicitaram conjuntamente ao Tribunal que fornecesse uma indicação não oficial dos resultados das suas deliberações antes da prolação de sentença formal, no entanto, o Tribunal recusou o pedido com base no artigo 54º, § 3 do Estatuto (as deliberações do Tribunal são secretas). Com este exemplo, Kolb afirma “*it would be difficult to find a clearer expression of the Statute’s peremptory character*”⁴⁰.

Concluindo, com esta visão tão ampla do conceito de *jus cogens*, é normal que Kolb reconheça e defenda a existência do *jus cogens* regional, já que

38 *Ibidem*, 45-57. Acerca deste último tipo, “*if some States were to try to contract out from pacta ... , this would amount to them concluding an agreement to the effect that they would no longer respect the principle, at least in some circumstances. But in order to achieve the result thus stipulated for, these States would have to respect the derogatory agreement. Otherwise their derogation could have no effect. Consequently, in order to derogate from pacta ... there is the need for an agreement, and by this token the necessity to apply the pacta principle is upheld. The same reasoning applies to good faith. In order to stipulate out of good faith, the different-drummer States would have to respect their derogatory agreement ... in good faith, which brings back by the door the principle chased out of the window. For these reasons, several authors regard these principles as a form of jus cogens, and this author agrees*”.

39 Kolb, *Peremptory International*, 51-54.

40 *Ibidem*, 52.

qualquer acordo entre Estados de que uma norma, qualquer norma, não pode ser derogada qualificar-se-ia como uma norma *jus cogens* (imperativa).

3.3 OUTRAS PERSPETIVAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE UM *JUS COGENS* REGIONAL

Começo por mencionar a posição de Erika de Wet. Esta autora acredita na possibilidade da existência do *jus cogens* regional. Para além do mais, aponta que as normas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) se tornaram direito consuetudinário regional e possivelmente até *jus cogens* regional. A autora sustenta a sua posição no facto de ser dado um *special status* a esta Convenção no território dos seus membros⁴¹.

Seguindo com Ulf Linderfalk, este entende que a Convenção de Viena de 1969 não proibiu expressamente a criação do instituto e, por isso, admite que a sua existência seja possível. Este autor reconhece que a categorização de uma regra de direito como *jus cogens* pode ser relativa, isto é, uma norma pode ser *jus cogens* para alguns Estados, mas não para outros⁴².

Tomuschat afirma que “*could never exist as a purely ‘bilateral’ norm since it derives its authority from the interests of the international community*”, ou seja, o autor nega a possibilidade de haver um *jus cogens* regional, já que a nota de imperatividade destas normas deriva do interesse geral da comunidade internacional como um todo⁴³. Para além disto, Tomuschat rejeita e critica a abordagem relativista de Kolb quanto ao conceito de *jus cogens*⁴⁴.

41 Erika de Wet, “The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order”, *Leiden Journal of International Law*, n.º 3, vol. 19 (2006), 617.

42 Ulf Linderfalk, “Understanding the *Jus Cogens* Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism” in *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?*, ed. Maarten den Heijer, Harmen van der Wilt, (Haia: T.M.C. Asser Press, 2015), 70, leia-se “*if a rule of international law (R) is authoritative for a state (S), this is because S has consented to or acquiesced in R*” e “*consequently, from the perspective of this branch of legal positivism, in principle at least, jus cogens does not necessarily have to be general law; it may exist also on a regional or other less-than-general basis*”.

43 Christian Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*,” in *The Present and Future of Jus cogens*, ed. Enzo Cannizzaro (Roma: Sapienza, 2015), 28.

44 Tomuschat, “The Security,” 33: “*recently, Robert Kolb has attempted to demonstrate that the exclusive reliance on the international value system is not correct and that jus cogens should be interpreted in a much*

Czapliński adota uma perspectiva contraditória ou ambivalente. Por um lado, nega a possibilidade de existência do *jus cogens* regional na medida em este é incompatível com a definição de *jus cogens* dada pelo artg. 53º da CVDT, sendo que o *jus cogens* são normas de direito internacional geral, imperativas, aceites e reconhecidas pela comunidade internacional como um todo. Por outro lado, aceita essa possibilidade, mas numa dimensão teórica, afirmando que houve uma evolução ao longo do tempo da noção de *jus cogens* desde 1969⁴⁵.

Por fim, refiro a posição de Alain Pellet. Este autor adota uma visão muito interessante que nenhum outro autor anterior refere. Primeiramente, importa dizer que Pellet aceita que o *jus cogens* regional de facto existe e, para além disso, diz-nos que existe um sistema europeu de direitos humanos imperativos que é mais elaborado e mais exigente do que a rede “muito frouxa” de direitos humanos “*cogens*” ao nível mundial. O autor afirma que existe um necessário movimento dialético entre a fragmentação e a imperatividade do direito internacional, ou seja, sustenta, concordando com Christine Chinkin, que é necessário que as normas *jus cogens* sejam primeiramente regionais, para passarem depois a serem reconhecidas a um nível mundial, “*the passage at the regional level can be the entrance door for a wider recognition*”, ou seja, existe uma migração de um nível regional para um nível universal e global. As novas normas *jus cogens*, nas palavras de Christine Chinkin, normalmente provêm de atores não-estatais e, inicialmente, prosperam numa área fragmentada⁴⁶.

broader sense. But all of his examples miss the point. On the one hand, Kolb argues that certain axiological premises of the international legal order cannot be changed by States, thus the principle of pacta sunt servanda. But these are matters which lie outside the jurisdiction of an individual State. The maxims of jus cogens are not needed to deny any validity to attempts to destroy the legal edifice of the international legal order. No single State can by its own individual will tear down its architecture. This is not a matter of jus cogens. All States are automatically members of the international community and are unable to build up their own legal universe. Kolb's second example is provided by the intangibility of internal rules of international organizations. Kolb states that, for instance, parties before the ICJ would be unable to determine, by virtue of a mutual agreement, that the ICJ should indicate to them, in violation of the secret of the deliberations, how it intends to decide the case before it. But this is a matter again clearly outsider the scope of jurisdiction of the litigant parties. They are not able to impose rules of conduct on the ICJ. Recourse to the concept of jus cogens is not necessary in order to come to the conclusion that such attempts can have no legal validity”.

45 Wladyslaw Czapliński “Jus Cogens and the law of treaties,” in *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, ed. C. Tomuschat e J.M. Thouvenin, (Leiden: Martinus Nijhoff, 2006), 83-98.

46 Alain Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of jus cogens as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), 89, leia-se “*as Christine Chinkin has very convincingly shown at the beginning of her presentation, the demand for new rules of jus cogens usually emanates from non-state actors and, in a*

4. QUAIS OS PROBLEMAS QUE SURGEM RELATIVAMENTE À IDEIA DO *JUS COGENS* REGIONAL?

Refiro, desde logo, que um dos maiores problemas que aqui se pode apontar é o de que existe uma falta de prática para fundamentar a existência do *jus cogens* regional, ou seja, existe uma falta de prática por parte dos Estados que apoie a existência de tal instituto. A este respeito, o Reino Unido referiu nas suas declarações no debate sobre o Relatório Anual de 2018 da CDI que o conceito do *jus cogens* regional não tem “*any significant support in State practice*”⁴⁷.

4.1 COMO É QUE SE ESTABELECE O *JUS COGENS* REGIONAL?

Um primeiro problema que podemos identificar relativamente ao conceito de *jus cogens* regional é como é que este se estabelece, como é que este se forma. Tal como aponta Tladi, é difícil explicar, em termos teóricos, porque é que um Estado individual que pertence a uma região tem de estar vinculado a uma norma de *jus cogens* regional, sendo que esta não é *jus cogens* universal e pode até nem ter consentido com a sua existência ou, se consentiu, pode não ter concordado com essa norma ser imperativa⁴⁸. Aliás, pode haver até casos em que podemos estar perante uma região que é hostil a esse Estado, nesses casos esse Estado dificilmente quererá ficar vinculado a uma norma de *jus cogens* regional. Importa referir que a razão de ser para as normas *jus cogens* terem um poder excecional e vincularem mesmo sem consentimento é o facto de protegerem valores que são fundamentais para a comunidade internacional como um todo e, por isso, são inderrogáveis⁴⁹.

Noutras palavras, o que está aqui em causa é a eventualidade de haver uma falta de homogeneidade regional no que diz respeito à aceitação e

first time, prospers (if it prospers ...) in a 'fragmented area': either in a specialized 'box' (human rights, environment, humanitarian law) or on a regional basis, or both”.

47 CDI, A/C.6/73/SR.27, Reino Unido, 11-12.

48 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 14-15.

49 *Ibidem*.

reconhecimento da norma de *jus cogens* regional, ou seja, pode haver uma oposição por parte de um ou mais Estados dessa região. Nestes casos fará sentido o Estado ficar sujeito à imperatividade das normas de *jus cogens* regional?⁵⁰

4.1.1 PODEMOS APLICAR O MESMO RACIOCÍNIO USADO PARA O DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO REGIONAL?

Recentemente, em 2018, a CDI aceitou a existência de direito internacional consuetudinário regional, chamando-lhe *particular customary international law*. A CDI definiu que as regras de direito internacional consuetudinário particular, sejam locais ou regionais, são regras que se aplicam apenas a um número limitado de Estados⁵¹.

Poderíamos usar aqui a mesma lógica doutrinária para aceitar a existência de um *jus cogens* regional? A resposta terá de ser negativa. O direito internacional consuetudinário regional estará sempre vinculado à regra do objetor persistente. Sobre esta doutrina do objetor persistente, a CDI afirmou “*where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection*” e “*when a State has persistently objected to an emerging rule of customary international law, and maintains its objection after the rule has crystallized, that rule is not opposable to it*”⁵².

No entanto, esta doutrina do *persistent objector* nunca poderá ser aplicada ao *jus cogens* regional, já que assim perderia a sua essência de *jus cogens*. Se o *jus cogens* regional estivesse sujeito à regra do objetor persistente ou qualquer regra de objeção semelhante ele perderia a sua nota de imperatividade.

50 Mohsen Abdollahi e Keyvan Behzadi, “Regional Jus Cogens: Conceptual Difficulties and Practical Challenges”, *The Iranian Review for UN Studies*, nº 2 (2020), 33-74.

51 Report of the International Law Commission, Seventieth session (United Nations, New York, 2018), A/73/10, 154-156.

52 CDI, A/73/10, 152 a 153.

4.2 QUAL É A DEFINIÇÃO DE “REGIÃO”, NESTE CONTEXTO?

Outro problema identificável é o de saber qual é a definição de região neste contexto. Trata-se de um conceito indeterminado. Por exemplo, a Europa enquanto região e para efeitos do *jus cogens* regional inclui a Europa do oriente, como a Federação Russa? Outro exemplo é as Américas, do Norte, Central e do Sul, como é que definimos regiões aí? E a região do sul de África inclui o Burundi?⁵³ Existe aqui uma grande incerteza sobre saber quais são os Estados que ficam vinculados por tais normas de *jus cogens* regional, pois não se consegue definir de modo concreto quais são os Estados que pertencem a determinada e específica região⁵⁴.

É interessante referir aqui a solução dada por Marja Lehto, um dos membros da CDI. De acordo com Lehto, a região pode ser definida de acordo com a base da norma de *jus cogens* regional, ou seja, se essa base fosse um tratado regional, os Estados que eram partes nele estavam vinculados a essa norma, se a base fosse o costume regional, a região abrangia todos os Estados vinculados por tal regra consuetudinária ou costume particular em questão⁵⁵.

4.3 O *JUS COGENS* REGIONAL DEVE ESTAR SEMPRE LIGADO AO REGIME DE UM TRATADO REGIONAL EXISTENTE?

Outra dificuldade com que nos deparamos é a de que não é claro se o *jus cogens* regional deve estar sempre ligado a um regime de Tratado regional existente (por exemplo, a proteção dos direitos humanos na Europa ou o sistema interamericano de direitos humanos). Não se sabe até que ponto os sistemas de tratados regionais que são baseados no acordo entre Estados dessa região podem gerar normas de *jus cogens* (já que se faz uma distinção entre aquilo que são “normas de direito internacional geral”, art. 53º CVDT e

53 O Burundi candidatou-se para aderir à Comunidade de Desenvolvimento da África do Sul.

54 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 15.

55 International Law Commission Seventy-first session (first part) Provisional summary record of the 3465th meeting, Geneva, A/CN.4/SR.3465 (2019).

normas de tratados)⁵⁶. Essa dúvida põe em causa a capacidade desses tratados regionais para estabelecer normas de *jus cogens* regional, no entanto não se exclui a hipótese de essas normas de tratados regionais poderem evoluir para normas *jus cogens* propriamente ditas. Tladi dá-nos o exemplo da proibição do desaparecimento forçado, sendo que tem origem na região das américas e é um exemplo de como uma norma de um tratado regional poderá evoluir para uma norma *jus cogens*⁵⁷.

Muitos autores justificam a existência do *jus cogens* regional com a Europa, seja com normas da União Europeia, seja com normas da CEDH. Por exemplo, Kolb diz-nos “*European public order, which goes further than the universal one on issues of democracy, pre-eminence of law and separation of powers*”⁵⁸. Veja-se ainda Pellet, “*there is an European system of peremptory human rights which is certainly more elaborate and more demanding than the very loose network of ‘cogens’ human rights at the world level*”⁵⁹. E, por fim, De Wet “*special status that the [European Convention on Human Rights] enjoys within member States*” e que estas normas são “*arguably even ... regional jus cogens*”⁶⁰. Estes argumentos baseiam-se na ideia de uma identidade comum (comunidade), daí a natureza especial dada a essas regras que a vinculam. No entanto, o facto de um determinado conjunto de regras vinculativas para uma certa comunidade de Estados ter para essa comunidade um *status* especial, isso não faz com que essas normas sejam *jus cogens*, seja regional ou não. Isto porque o *jus cogens* é excecional, são um tipo particular de normas que cumprem requisitos específicos e das quais advém consequências específicas⁶¹. Mas, reitero, nada impede que estas possam evoluir para normas *jus cogens* propriamente ditas.

56 Dire Tladi, “Second report on jus cogens”, 69.ª sessão da Comissão de Direito Internacional, A/CN.4/706 (2017), 28: “*the more common view, however, is that treaty rules, as such, do not generate norms of general international law that could rise to the status of jus cogens. The text of article 53, on which our consideration of jus cogens is based, describes norms of jus cogens as norms of general international law, which are distinct from treaty rules, the latter applying only to the parties to the treaty*”.

57 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 15.

58 Kolb, *Peremptory International*, 97.

59 Pellet, “Comments in response,” 89.

60 De Wet, “The Emergence of international,” 617.

61 Pavel Šturma, “Human Rights as an Example of Peremptory Norms of General International Law” in *International and Internal Mechanisms of Fundamental Rights Effectiveness*, ed. Pavel Šturma Narciso Leandro Xavier Baez, (Waldkirchen: RW&W Science and New Media, 2015), 11-21.

4.4 O *JUS COGENS* É EXCECIONAL (E NÃO A REGRA)

A regra normal é a de que as regras de direito internacional são derogáveis e podem ser alteradas. Tal como nos diz Tladi, “*it should not easily be assumed that, except where States have freely curtailed their right to contract out of international law rules, there are, outside of generally accepted norms of jus cogens, norms which constrain States*”⁶². Podemos dizer que as normas de *jus cogens* regional resultam da vontade dos Estados, eles restringem a sua soberania porque houve um livre exercício da vontade por parte destes. Ora, com isto percebemos que estas normas não são normas de *jus cogens* propriamente ditas, já que os Estados concordam em se restringir através destas regras, então, estas normas de *jus cogens* regional são semelhantes às disposições não-derogáveis em tratados, sendo que estas disposições não são normas *jus cogens*, pelo menos na aceção dada pelo art. 53º da CVDT⁶³. Veja-se a título de exemplo o art. 20º do Pacto da Liga das Nações, “os membros da Sociedade reconhecem, cada qual no que lhe diz respeito, que o presente Pacto revoga todas as obrigações ou acordos entre si, incompatíveis com os seus termos, e se comprometem, solenemente, a não contrair, no futuro, outros, semelhantes”. Este artigo é uma norma do tratado que se aplica apenas aos seus membros e está sujeita a alterações e mesmo a revogação por qualquer acordo posterior. Posto isto, esta norma não é uma norma *jus cogens*⁶⁴.

4.5 O ENVENENAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE SOBERANA

O Princípio da Igualdade Soberana é um princípio fundamental de direito internacional e está plasmado no art. 2º da Carta das Nações Unidas, “a Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. Ora, este princípio diz-nos que todos os Estados têm direitos e deveres iguais e são membros iguais da comunidade internacional. O *jus*

62 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 16.

63 Cezary Mik, “*Jus cogens* in Contemporary International Law”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33 (2013); Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 16.

64 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 16.

cogens é compatível com este princípio, na medida em que se aplica universalmente, todos ficam vinculados. Noutras palavras, o *jus cogens* internacional gera uma igualdade formal nos assuntos internacionais, isto é, são regras que se aplicam a todos sem discriminação e tratam todos os Estados de modo igual. O mesmo não se poderá dizer das regras de *jus cogens* regional. Estas regras só se aplicam a certos e determinados Estados, ou seja, este instituto vai de encontro com o princípio da igualdade soberana e da promoção da igualdade formal nos assuntos internacionais, já que temos uns Estados que terão de obedecer a essas normas e outros que não⁶⁵.

5. AS CONSEQUÊNCIAS QUE ADVÊM DE UMA ACEITAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO *JUS COGENS* REGIONAL

Note-se que nunca seria admissível um conflito entre uma norma de *jus cogens* (internacional) e uma norma de *jus cogens* regional, já que estas estariam subordinadas às primeiras, pois a definição da CVDT diz “cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”, as normas de *jus cogens* regional não têm a mesma natureza.

5.1 CONFLITO ENTRE UMA NORMA DE *JUS COGENS* REGIONAL E UM TRATADO

Do art. 53º da CVDT retiramos a ideia fundamental de que “é nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral”⁶⁶. Importa também referir o art. 64º “se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional, geral, qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência”. Se admitíssemos a existência de normas de *jus*

65 Reza Hasmath, “The Utility of Regional Peremptory Norms in International Affairs”, *American Political Science Association Annual Meeting* (2012), 11-12.

66 *Vide* o art. 53º da CVDT.

cogens regional, os Estados da região que está vinculada por essas normas não poderiam celebrar tratados *inter partes* que fossem incompatíveis com essas normas. No entanto, esta ideia já não será válida se estivermos a falar de tratados celebrados entre Estados-membros dessa região e outros Estados Terceiros, ou seja, aqui estes tratados já não têm de respeitar as normas de *jus cogens* regional, pois os Estados Terceiros não estão vinculados por elas. Podemos concluir que, se existissem normas de *jus cogens* regional, estas não afetariam os tratados celebrados com Estados que não são membros de tal região⁶⁷.

Esta conclusão permite-nos dizer que estas normas de *jus cogens* regional permitem derrogações e, com isto, existe uma distorção total no seu carácter imperativo, a sua essência de *jus cogens* acaba por se perder.

5.2 CONFLITO ENTRE UMA NORMA DE *JUS COGENS* REGIONAL E UMA NORMA DE DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO

Tladi refere que as normas de *jus cogens* regional, face a uma prática geral aceite como lei, não podem impedir o surgimento de uma norma de direito internacional consuetudinário, ainda que essa prática geral não seja acompanhada pela aceitação e reconhecimento de não-derrogabilidade – *opinio juris cogentis*. Aliás, este ainda afirma a hipótese de as normas de *jus cogens* regional poderem ser substituídas por uma prática generalizada na região, aceite pelos membros como lei, mesmo que essa prática não tenha a nota de imperatividade que as normas de *jus cogens* regional têm⁶⁸.

5.3 CONFLITO ENTRE UMA NORMA DE *JUS COGENS* REGIONAL E A DECISÃO VINCULATIVA DE UMA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL

No regime base das normas *jus cogens*, uma decisão vinculativa de uma Organização Internacional (OI) não produz obrigações jurídicas se for

⁶⁷ Abdollahi e Behzadi, “Regional Jus Cogens,” 53; Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 16-17.

⁶⁸ Abdollahi e Behzadi, “Regional Jus Cogens,” 54; Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 17.

incompatível com uma norma *jus cogens*. E quanto às normas de *jus cogens* regional? Se uma decisão vinculativa de uma OI estivesse a contrariar uma norma de *jus cogens* regional, ela não produziria obrigações para os membros dessa região? Por exemplo, o Conselho de Segurança proferiu uma decisão vinculativa para os demais Estados, no entanto, esta é incompatível com uma norma de *jus cogens* regional da região X. Os Estados-membros da região X não ficam vinculados a essa decisão?⁶⁹

6. O CASO *ROACH AND PINKERTON VS UNITED STATES* (1987)

Um caso emblemático para o tema do *jus cogens* regional é o Caso *Roach and Pinkerton*. A decisão tomada pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH) pode neste caso ser considerada como uma evidência da existência do *jus cogens* regional e também da prática deste instituto⁷⁰.

Neste caso, a Comissão afirmou que “*in the member States of the [Organization of American States] there is recognized a norm of jus cogens which prohibits the State execution of children*” e referiu que essa proibição de execução de pessoas menores de idade é “*accepted by all States of the inter-American system*”⁷¹. O governo dos Estados Unidos reafirmou essa posição dizendo “*all [American] states have juvenile justice systems; none permits its juvenile courts to impose the death penalty*”⁷².

Podemos adotar a perspectiva de que neste caso o *jus cogens* regional está a ser posto em prática e existe, já que a Comissão (ainda que não seja um tribunal nacional, regional ou internacional) afirmou que para os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos a proibição da execução de crianças é uma norma *jus cogens*. Temos aqui plasmado o conceito de *jus cogens* regional em prática.

69 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 17.

70 *Roach and Pinkerton vs United States*, caso n.º 9647, resolução n.º 3/87, Inter-American Commission on Human Rights, 22 de setembro de 1987.

71 *Roach and Pinkerton*, parágrafo 56.

72 Hasmath, “The utility of regional,” 10.

De acordo com alguns autores, a aplicação da pena de morte a crianças infratoras⁷³ era uma violação *per se* de um *jus cogens* internacional em evolução. Noutras palavras, essa norma não era universalmente aceite e reconhecida enquanto norma *jus cogens*, mas estava lentamente a ganhar força nesse sentido. No entanto, ela desfrutava efetivamente do *status* de um *jus cogens* regional nos Estados-membros da Organização de Estados Americanos ao tempo deste caso⁷⁴.

6.1 O CASO *MICHAEL DOMINGUES VS UNITED STATES*, 2002 (A SEQUELA)

Foi no caso *Domingues vs United States* em 2002 que a CIDH expressou um reconhecimento explícito sobre a proibição da execução de crianças como uma norma de *jus cogens* internacional. Neste caso, a Comissão argumentou que o facto de Michael Domingues, um cidadão estadunidense, ser condenado à morte por crimes que cometeu em 1993 quando tinha 16 anos, violava uma norma de *jus cogens* internacional⁷⁵. Leia-se, neste contexto, as palavras da Comissão, “*a norm of international customary law has emerged prohibiting the execution of offenders under the age of 18 years at the time of their crime... this rule has been recognized as being of a sufficiently indelible nature to now*

73 Note-se que, de qualquer modo, a execução de crianças infratoras não é compatível com o direito internacional imperativo, nomeadamente, com a proibição da tortura (*jus cogens*), já que a execução de crianças pode ser interpretada como uma forma de tortura (pena desumana ou degradante) e com a proibição da pena de morte aplicada a pessoas com menos de 18 anos. Veja-se o art. 6º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos: “a pena de morte não poderá ser imposta por crimes cometidos por pessoas com menos de 18 anos de idade”. Vide ainda Benjamin Pomerance, “Not just child’s play: Why recognizing fundamental principles of the UN convention on the rights of the child as *jus cogens* would give needed power to an important international document,” *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 16, nº 2 (2013), 12, “*this concept of what constitutes ‘torture’ with regard to a child has sparked considerable debate in recent years, particularly over questions of how juvenile offenders can be punished. For example, the CRC, along with the widely accepted International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR), forbids use of the death penalty against children who break the law, regardless of the seriousness of the offense. By including these provisions with sections dealing with prohibiting torture, these international instruments indicate that executing a child is a form of torture*”.

74 Lucas Carlos Lima e Loris Marotti, “An Unlikely Duo? Regionalism and *Jus Cogens* in International Law”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 12, nº 1 (2022), 13-17.

75 *Michael Domingues v. United States*, caso n.º 12.285, Inter-American Commission on Human Rights, 22 de outubro de 2002.

*constitute a norm of jus cogens, a development anticipated by the Commission in its Roach and Pinkerton decision*⁷⁶.

Com isto, conseguimos verificar que, nesta situação e na senda destes dois casos, a proibição de execução de crianças surgiu primeiramente como uma norma de *jus cogens* regional, mas evoluiu mais tarde para uma norma de *jus cogens* internacional, uma norma imperativa de direito internacional geral. Isto vai ao encontro da ideologia de Pellet que vimos *supra*.

6.2 SIGNIFICA ISTO UMA ACEITAÇÃO POR PARTE DO SISTEMA INTERAMERICANO DO CONCEITO DE *JUS COGENS* REGIONAL?

A resposta a esta questão terá de ser negativa. É verdade que, no sistema interamericano, a Comissão e o Tribunal já identificaram várias normas de *jus cogens* em vários casos, por exemplo no caso *Maritza Urrutia v. Guatemala* (2007), “*the absolute prohibition of torture, in all its forms, is now part of international jus cogens*”⁷⁷ ou no caso *Goiburú et al. v. Paraguay* (2006), “*the prohibition of the forced disappearance of persons and the corresponding obligation to investigate and punish those responsible has attained the status of jus cogens*”⁷⁸. No entanto, não podemos afirmar que isto é o mesmo que aceitar o *jus cogens* regional. Apesar de a Comissão e do Tribunal deste sistema interamericano serem mais abertos no que toca a reconhecer normas *jus cogens*, essas normas nunca foram caracterizadas por esses enquanto normas de *jus cogens* regional, nem mesmo no referido caso *Roach vs Pinkerton*. Concluindo, não conseguimos encontrar no sistema interamericano de direitos humanos um suporte para o instituto do *jus cogens* regional⁷⁹.

76 *Michael Domingues v. United States*, parágrafos 84 e 85.

77 *Maritza Urrutia v. Guatemala*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, 27 de novembro de 2007, Série C, nº 103, parágrafo 92.

78 *Goiburú et al. v. Paraguay*, Judgment (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, 22 de setembro de 2006, Série C, nº 153, parágrafo 84.

79 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 19.

7. A DOCTRINA DE BREJNEV

Durante a Guerra Fria, tínhamos duas ideologias diferentes entre o Bloco de Leste e o Bloco Ocidental. No seio dessa guerra, nasceu a Doutrina de Brejnev. Esta referia-se ao direito e dever de qualquer Estado Socialista ir em auxílio de qualquer outro Estado Socialista, no caso de uma ameaça ao domínio comunista. Esta doutrina desenvolveu-se após a intervenção da União Soviética na Checoslováquia em agosto de 1968. Como líder soviético, Leonid Brejnev fez um discurso em novembro de 1968 no Quinto Congresso do Partido Operário Unido Polaco em que afirmou “*the correlation and interdependence of the national interests of the Socialist countries and their international duties [is of] acute importance. The measures taken by the Soviet Union, jointly with other Socialist countries, in defending the Socialist gains of the Czechoslovak people are of great significance for strengthening the Socialist community, which is the main achievement of the international working class*”. E ainda, “a man living in a society cannot be free from the society, one or another Socialist state, staying in a system of other States composing the Socialist community, cannot be free from the common interests of that community”⁸⁰.

Esta última frase dita por Brejnev despertou a mente de um autor russo, Grigory Tunkin. O autor chamou a esta doutrina o “internacionalismo proletário”. Este fala-nos de que o que estava aqui em causa era uma espécie de *jus cogens* regional, um que não é baseado em geografia. Tunkin afirma que existiam normas “particulares” de *jus cogens* entre países do campo socialista. Para este, o que estava aqui em causa era um tipo superior de direito internacional (direito internacional socialista) que só se aplicava entre Estados do sistema socialista ou nas relações entre países do sistema mundial de socialismo. Os princípios que compõem a Doutrina de Brezhnev tinham um âmbito de aplicação menor em relação ao direito internacional geral. Esses, tal como diz Tunkin, seriam um tipo superior de direito, manifestavam uma qualidade superior e eram imperativos⁸¹.

80 Hasmath, “The Utility of Regional,” 8 e 9.

81 Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 19-20.

De uma certa perspectiva, podemos afirmar que a existência de normas de *jus cogens* “particular” que vincularam os demais Estados Socialistas poderia indicar a possibilidade de existência de um *jus cogens* regional.

No entanto, esta posição de Tunkin não é suficiente para defender o conceito de *jus cogens* regional, já que⁸²:

- Este autor, à semelhança de Kolb, adota um conceito de *jus cogens* muito diferente daquele que é aceite e defendido pela CDI e pelo art. 53º CVDT;
- A teoria de Tunkin baseia-se na vontade e no consentimento dos Estados. Para este, as normas *jus cogens* podem ser modificadas através de acordo entre os Estados tal como todos os outros princípios e normas de direito internacional geral;
- Se um Estado saísse da comunidade, deixaria de estar vinculado a esse direito superior (ideia incompatível com o *jus cogens* regional).

Concluindo, estas regras de direito internacional que vinculam uma certa comunidade de Estados não são normas *jus cogens* na medida em podem ser derogadas de diversos modos.

8. AS CONCLUSÕES DOS VÁRIOS MEMBROS DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL SOBRE O *JUS COGENS* REGIONAL (3465.ª REUNIÃO)

Yacouba Cissé, membro da CDI, considerou que o artigo 53º da CVDT incluía o *jus cogens* regional e que este era, por sua vez, parte integrante desse artigo.

Georg Nolte, também membro, é da mesma opinião. Este diz-nos que a prática dos tribunais na Europa revela que o direito ao acesso a um tribunal pode ser um exemplo de uma norma de *jus cogens* regional. Nolte afirma que os tribunais europeus descrevem este direito como um “fundamento” da “ordem pública europeia”. Ainda refere que estes atribuíram a essa garantia efeitos comparáveis ao efeito jurídico atribuído às normas imperativas do direito internacional geral, como a invalidade das reservas à jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Nolte dá outros exemplos de normas que podem ser consideradas *jus cogens* regional. Vários membros apontaram que os exemplos oferecidos por Nolte como *jus cogens* regionais

82 Hasmath, “The Utility of Regional,” 8-10; Tladi, “Fourth report on peremptory norms,” 19-20.

eram, na verdade, exemplos de regras particulares em sistemas regionais que tinham uma prioridade relativamente maior do que outras regras nesses sistemas. Pavel Šturma mencionou várias alternativas terminológicas que, embora descrevessem sistemas de hierarquia, não eram *jus cogens* por si mesmas. Grossman Guiloff, um outro membro, embora concorde com a posição de Nolte, referiu que os exemplos dados por este último formavam outra categoria de regras cujos efeitos poderiam ser análogos, mas nunca poderiam ser os mesmos que os das normas imperativas.

Hussein Hassouna sustentou que não havia apoio na prática dos Estados para a noção de *jus cogens* regional e que este era distinto das normas unificadoras e vinculativas em diferentes regiões.

Gómez-Robledo enfatizou o facto de que as normas regionais podem dar origem a normas imperativas de direito internacional geral.

A maioria dos membros também afirmou que, quaisquer que fossem os méritos ou deméritos do *jus cogens* regional, o tema em consideração estava limitado ao *jus cogens* de natureza universal. A maior parte dos membros defendeu que a ideia de um *jus cogens* regional contraria o carácter universal das normas *jus cogens*. Outros membros afirmaram que a questão deveria ser deixada em aberto e no futuro desenvolver-se-ia o tema⁸³.

Por fim, refiro que a CDI afirma no Relatório Anual de 2019 (capítulo V) o seguinte: “*a second implication of the universal application of peremptory norms of general international law (jus cogens) is that such norms do not apply on a regional or bilateral basis*”. Apesar de a CDI não ter redigido nenhuma conclusão sobre este tema, deixou este parágrafo contrariando assim a ideia de um *jus cogens* regional.

9. CONCLUSÃO

Em jeito de conclusão, falar-vos-ei da posição que tomo em relação a este tema, se é possível existir um *jus cogens* regional, e darei ainda uma alternativa normativa a este conceito.

83 Para todo este ponto 8, *vide* Comissão de Direito Internacional, 71.^a sessão (primeira parte), Relatório Sumário Provisório da 3465.^a reunião, Geneva, A/CN.4/SR.3465 (2019).

9.1 POSIÇÃO ADOTADA

O conceito de *jus cogens* regional é um conceito só por si amaldiçoado. Note-se que este conceito estará sempre conectado à noção de *jus cogens* e esta noção não deixa aquele instituto existir. Uma nota caracterizadora das normas *jus cogens* é serem universalmente aplicáveis, refletirem e protegerem valores ou princípios fundamentais para a comunidade internacional como um todo. Noutras palavras, o *jus cogens* regional não pode existir, na medida em que retira toda a essência e razão de ser das normas *jus cogens*. Podemos até entender esta ideia através de um esquema:

$$\textit{jus cogens} = \text{universal} \quad | \quad \textit{jus cogens} (\text{universal}) + \text{regional} = \textit{non sense}$$

(contradição)

O *jus cogens* é excepcional, são normas de alto nível, aceites e reconhecidas pela maioria dos Estados em todo o mundo. Através de um *jus cogens* regional, podemos estar a banalizar este conceito, esta essência do *jus cogens*. Mais uma vez, as normas de *jus cogens* regional esgotam a intenção e o conteúdo das normas de *jus cogens*. Se alguma vez for aceite este instituto, a noção que temos hoje de *jus cogens* perde-se.

Para além disto, o *jus cogens* regional pode dar azo a que haja uma aplicação de direito internacional dividida, ou seja, pode fomentar uma fragmentação ou divisão da comunidade internacional. Este não é de todo o objetivo do direito internacional público⁸⁴.

A falta de prática por parte dos Estados para apoiar a possibilidade de existência do *jus cogens* regional demonstra que este conceito é desnecessário e que não tem razão de ser.

9.2 SOLUÇÃO NORMATIVA ALTERNATIVA

Falaremos agora numa solução normativa alternativa a esta ideologia de *jus cogens* regional. Uma possível solução para este problema são as normas especiais não-derrogáveis. Vejamos, primeiramente, alguns exemplos. Da CEDH podemos dizer que a proibição absoluta da pena de morte é uma norma

84 Hasmath, "The Utility of Regional," 12.

especial inderrogável no âmbito do regime europeu dos direitos humanos. Esta norma não constitui uma norma inderrogável (imperativa) ao abrigo do direito internacional geral conforme o art. 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o art. 2º/1 do Segundo Protocolo Facultativo ao PIDCP que prevê uma reserva para a aplicação da pena de morte em tempo de guerra na sequência de uma condenação por um crime muito grave de natureza militar cometido durante a guerra. É verdade que o art. 2º/1 da CEDH também permitiu o uso da pena de morte, embora tenha sido revogada pelo artigo 1º do Protocolo nº 13 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, segundo o qual “[a] pena de morte será abolida. Ninguém será condenado a tal pena nem executado”. Os artigos 2º e 3º deste Protocolo proíbem, respetivamente, qualquer derrogação ao art. 1º ao abrigo do art. 15º e qualquer reserva ao mesmo ao abrigo do art. 57º da CEDH. Com tudo isto, concluímos que a proibição da aplicação da pena de morte é um exemplo de uma norma especial inderrogável no âmbito do regime europeu de direitos humanos. Um outro exemplo deste tipo de normas é a proibição de novo julgamento (direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez) de acordo com o art. 4º/1 do Protocolo nº 7 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, sendo que o art. 4º/3 deste Protocolo diz o seguinte: “não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção”. Já na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) temos o art. 27º/2 que proíbe a derrogação das seguintes normas: art. 3º (Direito à Personalidade Jurídica), 4º (Direito à Vida), 5º (Direito a um Tratamento Humano), 9º (Liberdade de Leis *Ex Post Facto*), 12º (Liberdade de Consciência e Religião), 17º (Direitos da Família), 18º (Direito a um Nome), 19º (Direitos da Criança), 20º (Direito à Nacionalidade) e 23º (Direito de Participar no Governo). As referidas normas que se aplicam exclusivamente aos Estados partes da CADH constituem normas especiais e não-derrogáveis sob a CADH⁸⁵.

Ao contrário do que acontece no *jus cogens* regional, o direito internacional positivo inclui muitos exemplos de normas especiais não-derrogáveis. Podemos identificar algumas características destas normas: são normas de maior

85 Para esta solução: Abdollahi.e Behzadi, “Regional Jus Cogens,” 62-73.

importância, seja devido a fundamentos morais ou uso prático, e, portanto, estão localizadas num nível mais alto em comparação com normas ordinárias de qualquer área específica; a sua importância pode ser originada de valores filosóficos e morais, como direitos não-derrogáveis, que foram referidos como *core human rights*, cujo cumprimento é obrigatório mesmo no estado de necessidade. Essas normas são *lex specialis* e são vinculativas apenas para os Estados que as aceitaram, ou seja, se algum Estado rejeitar ou persistentemente se opuser a uma norma especial não-derrogável, ele não terá nenhuma obrigação com ela, apesar de compartilhar fronteiras ou valores fundamentais com Estados a ela sujeitos (as normas especiais não-derrogáveis não beneficiam do *status* imperativo e, por isso, podem não ser aplicáveis a todos os sujeitos).

Em relação às consequências destas normas especiais, incluem, entre outras, o cumprimento consistente e absoluto de quaisquer normas não-derrogáveis no contexto dos assuntos internos e das relações intrarregionais dos Estados sujeitos a tais normas. Qualquer derrogação, desvio ou ato discordante seria nulo e sem efeito e, conseqüentemente, teria de ser compensado. Os Estados vinculados por uma norma especial não-derrogável têm o direito de rescindir ou modificar essa norma por meio, por exemplo, de outro acordo mútuo. Qualquer norma promovida por certos estados ao *status* de não-derrogabilidade poderia ser rebaixada pelos mesmos estados. No caso de conflito com uma norma consuetudinária ou baseada em tratado que regula as relações transregionais, as normas especiais não-derrogáveis não seriam aplicáveis a qualquer terceiro Estado. Em suma, o conceito de normas especiais não-derrogáveis é compatível com a noção de *jus cogens* e é uma alternativa à ideologia de um *jus cogens* regional.

9.2.1 AS NORMAS ESPECIAIS NÃO-DERROGÁVEIS ENQUANTO NORMAS BASEADAS NO CONSENTIMENTO DOS ESTADOS (≠ DO “CONSENTIMENTO” NO *JUS COGENS*)

Tal como aponta Francisco Ferreira de Almeida, “em último termo, a norma imperativa retira essa qualidade da vontade dos Estados – facto

que parece, surpreendentemente, confirmar, também aqui, o fundamento voluntarista do direito internacional”⁸⁶. Importa aqui distinguirmos entre o consentimento dado pelos Estados para as normas especiais não-derrogáveis e o “serem aceites e reconhecidas pela comunidade internacional como um todo” nas normas de *jus cogens*. De acordo com a tese subjetivista, para que uma norma de direito internacional adquira o carácter *iuris cogens* terá de ser aceite pela grande maioria dos Estados e essa aceitação tem de ser acompanhada do reconhecimento pelos mesmos desse seu carácter⁸⁷. O que esta tese nos diz é que o critério a utilizar para saber se uma norma tem carácter de *jus cogens* é unicamente o da vontade dos Estados ou da vontade da Comunidade Internacional como um todo. Logo aqui conseguimos tecer diferenças entre o consentimento que existe para as normas especiais não-derrogáveis, que é um consentimento dado pelos Estados individualmente considerados, do “consentimento” que existe para as normas de *jus cogens*. Nestas últimas, o consentimento é dado por “um novo e enigmático protagonista: a comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, que, assim, se sub-roga, naquele múnus, aos Estados individualmente considerados”⁸⁸. Com isto, percebemos que neste mecanismo de aceitação e reconhecimento pela maioria dos Estados pode haver um certo perigo, já que se fala na exigência de um elemento qualitativo, isto é, é necessário que essa maioria contenha Estados representativos dos principais grupos estaduais da Comunidade Internacional, e tal como refere Ferreira de Almeida isso pode levar a uma “oligarquia de facto” quanto ao “poder legislativo” e à emergência de um “direito internacional ideológico” que nega o “pluralismo da sociedade internacional”⁸⁹. Em última análise, existe aqui uma certa arbitrariedade no que toca a saber quais e quantos são os Estados que têm de aceitar e reconhecer as normas como *jus cogens*.

É notória a diferença existente entre o consentimento dado para as normas especiais não-derrogáveis e para as normas de *jus cogens*. Nas normas especiais

86 Francisco Ferreira de Almeida, “Mutações sistémicas e normativas no Direito internacional em face de novos desafios”, in *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LX – n.º 326 (2011), 225-234.

87 Eduardo Correia Baptista, *Ius Cogens em Direito Internacional* (Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1996), 269-285.

88 Almeida, “Mutações sistémicas e normativas no Direito internacional,” 232.

89 *Ibidem*.

não-derrogáveis, o consentimento é dado pelos Estados individualmente considerados, já as normas de *jus cogens* têm de ser aceites e reconhecidas pela Comunidade Internacional, um ente diferente, exige-se aqui um “consentimento” blindado, reforçado, ou seja, para que estas ascendam à qualidade de *jus cogens*, é necessário o “acordo” da maioria dos Estados, ou, se quisermos, da Comunidade Internacional no seu conjunto.

É, no entanto, inevitável falar aqui sobre os traços objetivistas que decorrem das normas de *jus cogens*. De acordo com a tese objetivista, as normas de *jus cogens* individualizam-se por características próprias que as permitem distinguir das demais normas de direito internacional, dá-se aqui pouca relevância ao reconhecimento estadual do seu carácter de *jus cogens*. Estas características dizem respeito ao tipo de interesse tutelado por tal norma. São normas que visam tutelar interesses comuns, proteger valores essenciais da Comunidade Internacional de Estados. Podemos dizer que no art. 53º da CVDT existe o elemento subjetivista, “norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo”, mas também traços objetivistas, quando se diz que estas normas *jus cogens* só podem ser modificadas por outras de igual natureza, atribui-se-lhes um carácter específico⁹⁰. Estes traços objetivistas permitem-nos distinguir de forma clara e inelutável as normas de *jus cogens* das normas especiais não-derrogáveis ou quaisquer outras normas de direito internacional.

Para concluir, as normas especiais não-derrogáveis são normas baseadas no consentimento dos Estados individualmente considerados, sendo que podem ser alteradas ou derogadas por um acordo mútuo. As normas de *jus cogens* têm de ser “aceites e reconhecidas pela Comunidade Internacional no seu todo”⁹¹, um “consentimento” substancialmente diferente, e, para além disso, só podem ser derogadas através de normas de igual natureza.

Data de submissão: Julho de 2024

Data de aceitação: Dezembro de 2024

90 Baptista, *Ius cogens*, 270.

91 *Vide* o art. 53º da CVDT.